

「権利能力なき」社団の財産の帰属と いわゆる総有理論について

柳 勝 司

(1) はじめに

最判平成 26 年 2 月 27 日民集 68 卷 2 号 192 頁は、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即していることに鑑みると、当該社団が当事者として当該不動産の登記に関する訴訟を進行し、本案判決を受けることを認めるのが、簡明であり、かつ、関係者の意識にも合致していると考えられる」としている。判決は、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産」は、「実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即している」としており（傍点は筆者）、社団の不動産は社団の構成員全員に帰属するとしながら、社団が有しているとも表現しているので、不動産の所有権が二ヶ所に帰属しているかのような記述がされている。

従来、「権利能力なき」社団の財産は、構成員に帰属すると解すべきか、社団に帰属すると解すべきかについては議論があり、前者の考え方が多数であるというような状況の中で、折衷説のような最高裁判決が出たことには注目をすべきである。

(2) 「権利能力なき」社団の財産の帰属

「権利能力なき」社団が不動産を所有したとしても、「権利能力なき」社

団には法人格がないので社団名義の不動産の登記を得ることはできないとされている。そして、通説的な説明としては、「権利能力なき」社団は権利の帰属主体となることができないので、社団の財産は構成員全員に潜在的にも持分のない状態で総有的に帰属するとされている。最判平成 26 年 2 月 27 日も、同様に、「権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産」という表現をしている。

しかし、そもそも、「社団の財産は構成員全員に潜在的にも持分のない状態で総有的に帰属する」という表現には矛盾があり、正確ではない。社団の財産は構成員の財産とは区別されていて、社団の財産は社団に帰属しているので、社団の財産が構成員に帰属するということはあってはならないことである。原則論的に述べるとすれば、権利能力のない社団の不動産は社団の財産であるが、対外的には、あるいは、不動産登記法上においては、権利能力のない社団の財産であるということをも主張（あるいは、登記）できないということになるはずである。

(3) 「権利能力なき」社団の財産の対抗問題

「権利能力なき」社団の財産（不動産）が社員に帰属するのか、社団に帰属するかの議論とは別に、社団の対外的関係において、対抗の問題がある。

「権利能力なき」社団の不動産について対抗要件を取得する方法としては、社団構成員全員の共有登記とするか、社団の代表者などの個人名義で登記するか、が認められている（最判昭和 47 年 6 月 2 日民集 26 巻 5 号 957 頁、最判平成 6 年 5 月 31 日民集 48 巻 4 号 1065 頁など参照）。社団の構成員が多数であると、の方法は取ることはできず、の方法に困ることになる。

(4) 社団の代表者などの個人名義による登記をめぐる問題

の方法に困る場合、社団の代表者などが原告となって代表者などの個人名義への移転登記手続きを求める訴えを提起することはできる（前掲最

判昭和 47 年判決・前掲最判平成 6 年判決参照)。そのことについては、社団に不動産が帰属するとしても、社団によって登記名義人とされた者は、不動産登記についての準占有権者として、社団のために登記を自己に移転せよという主張ができると理解することができる。

それでは、「権利能力なき」社団が原告となって、代表者などの個人の名義への所有権移転登記手続きを求めることはできるであろうかという問題がある。学説には、積極的に肯定する説と、できないとする消極説とがあるとされている¹。

単純に考えると、「権利能力なき」社団の不動産は、対外的には社団の財産であることを公示できないが、社団の財産であると解する立場であれば、社団は不動産の所有権者として自己の財産の公示の仕方について主張・請求できるとする積極説になるはずである。また、「権利能力なき」社団の不動産は総有的に社団の構成員全員に帰属するという立場であれば、不動産は構成員全員の財産であり、社団の財産ではないので、社団自身はいかなる権利もないので不動産の公示についていかなる主張・請求もできないという消極説となるはずである。学説においても、「権利能力なき」社団の不動産は総有的に社団の構成員全員に帰属するという多数説の立場から、権利能力のない社団が原告となって登記について訴求することは認められないとする説²はある。理論的には、当然の結論である。

しかし、学説においては、「権利能力なき」社団の財産は総有的に構成員全員に帰属するとしながら、「権利能力なき」社団が原告となって代表者などの個人の名義への所有権移転登記手続きを求めることはできるとする説も見られる。しかし、その理論構成は不明であり、十分には議論され

-
- 1 最判平成 26 年 2 月 27 日 (民集 68 卷 2 号 192 頁) の解説・判例タイムズ 1399 号 85 頁参照。
 - 2 吉井直昭・昭和 47 年最高裁判所判例解説・民事・626 頁、林久「権利能力のない社団又は財団と登記請求権の行使」香川最高裁判事退官記念『民法と登記(中巻)』385 頁、山田創一「権利能力なき社団の登記請求権」山梨学院大学法学論集 19 号 16 頁など。

ているわけではないとされている³。

そこで、冒頭で取り上げた最判平成 26 年 2 月 27 日は、「権利能力なき」社団にも登記請求権があるとしているので、その理論構成について検討をする。

(5) 「権利能力なき社団」が代表者などの個人名義で登記すべきことを請求できる理由付けの試み

この問題について、冒頭で取り上げた最判平成 26 年 2 月 27 日は、「誰が当事者として訴訟を進行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決められるべき事柄であると」述べ、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即していることに鑑みると、当該社団が当事者として当該不動産の登記に関する訴訟を進行し、本案判決を受けることを認めるのが、簡明であり、かつ、関係者の意識にも合致していると考えられる」として、「権利能力のない社団は、構成員全員に総有的に帰属する不動産について、その所有権の登記名義人に対し、当該社団の代表者の個人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟の原告適格を有すると解するのが相当である」とした。

最判平成 26 年 2 月 27 日は、「紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点」から、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即している」とし、「実体的には」とか「実質的には」という用語を用いて、不動産は構成員全員に帰属するのか社団に帰属するのか不明確にして、結論的には、「実質的には...実態に即していること」から、不動産は社団に帰属するとして、権利能力のない社団は代表者の個

3 最判平成 26 年 2 月 27 日（民集 68 巻 2 号 192 頁）の解説・判例タイムズ 1399 号 85 頁参照。

人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟の原告適格を有するという結論に達している⁴。

このように、最判平成 26 年 2 月 27 日は、当該不動産は、「実質的には...当該社団が有しているとみるのが事の実態に即している」という理論によって、「権利能力なき」社団が代表者などの個人名義で登記すべきことを請求できると説明した⁵。

最判平成 26 年 2 月 27 日の解説者は、この判決について、訴訟政策的な観点が述べられるにとどまり、理論構成は明らかにされていないと評している⁶が、判決は、「実質的には...当該社団が有しているとみるのが事の実態に即している」と述べることによって、社団が代表者名義の登記を請求できるための理論構成を試みていることは明かである。ただし、そのような理論構成には説得力があるかについては別の問題である。

(6) 「権利能力なき」社団の所有する財産の帰属

「権利能力なき」社団の所有する不動産について、代表者名義の登記を請求できるための理論構成の試みから、改めて、「権利能力なき」社団の財産の帰属問題が現れて来ているのである。

そして、「権利能力なき」社団の所有する財産の帰属問題について、最判平成 26 年 2 月 27 日は、繰り返しになるが、当該不動産は、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する」のであるが、「実質的には...当該社団が有しているとみるのが事の実態に即している」という理論を示しているのであり、「実体的」と「実質的」とを区別して不動産の帰属について説明をしており、所有権が二ヶ所に帰属するかのよ

-
- 4 この事案とは逆に、社団の代表者の名義で登記している不動産について、第三者が登記移転を求める場合は、第三者は、登記名義人に対して登記移転を請求するとともに、背後にいる所有権者である社団に対しても、登記移転について許可を求めて訴求することになるであろう。
 - 5 大阪高判昭和 48 年 11 月 16 日判時 750 号 60 頁は、権利能力なき社団の登記請求権を認める下級審判決として紹介されている（林久・前掲論文 385 頁）。
 - 6 前掲判決タイムズ 1399 号 86 頁。

うな記述がされているのであるが、実は、以前から、このような理論が主張されているのである。

特に、商法学者間においては、設立中のまだ設立登記がされていない会社の権利義務の帰属関係について、実質的と形式的とに区別し、実質的には権利義務は設立中の会社に帰属するが、形式的にはその代表者たる発起人に帰属するという説明⁷がされている。

例えば、「発起人が会社の成立のため取得または負担した権利義務も実は設立中の会社の権利義務なのであるが、それが権利能力を有しないため、執行機関たる発起人がそれに代わり形式上の主体になっているに過ぎない⁸」とか、「その機関としての発起人のなす行為は、次第に発展する設立中の会社のためにするものとして、その法的効果を実質的には設立中の会社に帰属し、したがってまた会社成立後は成立した会社に直接帰属するのである⁹」、さらには、「...発起人がその権限の範囲内でした行為の効果は設立中の会社に帰属する。設立中の会社には法人格がないので、発起人総代の権利義務という形をとるほかない¹⁰」、というように記述されている。

このような記述においては、設立中でまだ設立登記がされていない会社の権利義務については、発起人が形式上の主体となり、実質的には設立中の会社が帰属主体となるとしている。なお、設立中で設立登記のされていない会社は、権利能力のない社団に属することはいうまでもない¹¹。

しかし、このような説明に対しては、民法学者は、権利帰属主体の帰属を実質的と形式的とに区別し、同一権利義務がそれぞれ別の者に帰属するということは、法律上考えられない¹²としている。権利義務が実質的には

7 田中耕太郎・改訂会社法概論上巻 248 頁。同旨、鈴木武雄・会社法 42 頁、石井照久・改訂商法上巻 162 頁。

8 鈴木竹雄・会社法（昭和 29 年）42 頁。

9 石井照久・会社法上巻（商法）（昭和 42 年）62 頁。

10 龍田節・会社法[第 9 版]（2003 年）365 頁。

11 例えば、田中誠二・再全訂会社法詳論（上巻）（昭和 57 年）158 頁参照。

12 森泉章・「権利能力なき社団に関する研究」福島大学商学論集第 34 巻 4 号（1966）49 頁。

設立中の会社に帰属するが、形式的には発起人（会社の構成員）に帰属するというように、同一の権利義務が別々の者に帰属するということは考えられないということである。

しかし、商法学者は、設立中の会社は設立されるまでの一つの過程であると考え、ちょうど自然人が胎児を経て出生により権利能力を得ると同じように考える。そして、「殊に株式会社に付ては其の設立経過の開始より完成に至るまで比較的長時日を要するを以て法は会社の設立を認むるまでに会社の胎児を認め、之れに法律上の意義を有せしむる必要を生ずる¹³」と述べ、設立中の会社であっても権利義務を認める必要があるが、ただ、会社は法人格を取得してはいない状態であるから、その状態で、権利義務はどこに帰属しているかと問われれば、形式的には発起人（会社の構成員）に帰属していると言わざるを得ない。しかし、それは形式的であり、実質的には設立中の会社に権利義務は帰属しており、「設立中の会社と成立後の会社との関係については、両者は実質的に同一の主体である」ので、「設立中の会社に帰属していた法律関係が特別の移転行為を要せず当然に成立後の会社に帰属する」というように、同一説あるいは同一性説によって、商法学者は説明をしている¹⁴。

だが、商法学者の説明においては、発起人に帰属する形式的な権利とは何かに分かりにくいところがあり、また、例えば、所有権が設立中の会社に実質的に帰属するが発起人に形式的に帰属するというような説明は、現在の所有権理論によれば、成り立たないことも確かである。

しかし、商法学者は、前述のように、設立中の会社を自然人の胎児と同じように扱っている¹⁵が、民法においては、胎児は損害賠償請求権については既に生まれたものとみなす（民法 721 条）とされ、この規定を解除条

13 田中耕太郎・会社法概論[第 8 刷]（昭和 10 年）326 頁。

14 前田庸・会社法入門[第 11 版]（2006 年）28 頁、服部栄三・法律学全書 12 会社法（昭和 45 年）21 頁。

15 前掲田中耕太郎・会社法概論・326 頁。

件的に解釈する学説においては、胎児に損害賠償請求権がありそれを行使する権利は母にあると説明していることから考えると、商法学者が考えている会社の発起人に帰属する権利は所有権というようなものではなく、実質的に設立中の会社に帰属する権利義務を行使する権利のことを言っているのではないかとも考えられる。

このような理解により、最判平成 26 年 2 月 27 日を見ると、実質的に社団に帰属する不動産の権利は所有権であり、総有的に社団の構成員に帰属する権利とは所有権を行使する権利のことをいっているとも理解することができる。

なお、最判平成 26 年 2 月 27 日が、実体的とか実質的といった概念を用いて、不動産の帰属について不明確にしたのは、従来最高裁判決（最判昭和 32 年 11 月 14 日民集 11 巻 12 号 1943 頁、判タ 78 号 9 頁、最判昭和 39 年 10 月 15 日民集 18 巻 8 号 1671 頁、判タ 169 号 117 頁等）や多くの学説が、権利能力のない社団の財産は構成員全員に総有的に帰属するとしていることを考慮したためであることはいうまでもない。そこで、総有理論について、検討をする。

(7) 「権利能力なき」社団の財産の帰属についての学説

「権利能力なき」社団の財産の帰属については、多くの学説がある。通説ともいべき説は、前述のように、「権利能力なき」社団の財産は総社員に総有的に帰属するとしているが、他にも、共有財産として総構成員に帰属するという説や合有財産として構成員に帰属するという説¹⁶もあり、また、法人格を有しない社団においては、「理事が管理する社団財産は、社員に信託されたものであり、したがって理事は管理財産の名義人として表示されるにあつたては、その財産が社団より信託されたものであることを表示する義務があるであろう」として、信託的に説明する説¹⁷もある。

16 川島武宜・法律学全集 17 民法総則（昭和 47 年第 15 刷・昭和 47 年）139 頁。

17 川島武宜・前掲書・140 頁。

これらの説のうち、総有説と共有説と合有説は、帰属の形態に差異があるだけで、財産は構成員に帰属するという点においては同様である。信託的に理解する説においては、名義人となっている理事が受託者であるが、信託者が社員なのか社団なのか問題となるが、前掲の学説においては、「その財産が社団より信託されたもの」と表現しているので、社団が信託者であると理解しているように見える。しかし、「原告のような権利能力のない社団が、その名で取得した財産は社員の総有に属し、代表者が信託的にその所有権の主体となるものと解すべきである」としている判決¹⁸もあり、この判決においては、社員が信託者になっている。結局、信託者を社団又は社員にして信託的に説明することもできるということだけであり¹⁹、信託法理がはたして権利能力なき社団の法律関係を的確に処理するものであるかどうか疑問である²⁰と評されることになる。ただ、この信託説が、名義人には、「その財産が社団より信託されたものであることを表示する義務がある」と述べていることは、「権利能力なき」社団との取引の観点からは、重要な指摘であると思われる。

さて、前掲最高裁昭和 32 年 11 月 14 日判決は、銀行預金の分割請求を否定するために、財産は総社員に総有的に帰属するとしており、また、前掲最高裁昭和 39 年 10 月 15 日判決は、当該の賃借権は構成員に分割的に帰属するものではないとして、財産は総社員に総有的に帰属するとしている。いずれも、構成員からの財産分割請求を拒否するために、総有理論が使われている。

しかし、構成員からの財産分割請求を拒否するために総有理論が使われているとすれば、何も総有や合有や信託といったような理論を用いる必要が

18 東京地判昭和 36 年 2 月 15 日下級民集 12 巻 2 号 290 頁

19 末弘巖太郎・末弘著作集 民法雑記帳 (上) (第 2 版・1980 年) 109 頁は、「法人概念を利用する代わりに技術一例えば信託法理—を利用することも考えられる」としているが、信託者は誰なのか不明のままであり、記述の内容を具体的に理解することはできない。

20 森泉章・前掲論文 49 頁。

果たしてあるのかということが問題となる。

学説には、「『権利能力なき社団』は独立の責任財産の主体とみられる、ということ承認するかぎりには、具体的意味内容のかなりしも一義的に明確でない『総有』とか『合有』とかいう概念に当てはめて説明しなければならぬものか、あるいはそのような説明をすることが有益であるか、疑問に思われる²¹⁾」と指摘する説もある。そして、この学説は、「権利能力なき」社団には、不動産の登記などにおいては法人とまったく同じとはいえない場面があるとしても、団体の代表者たることを示す肩書きを付しての自然人の名義による銀行預金口座の開設が取引実務上行われていることや民事訴訟法上においては法人でない社団（「権利能力なき」社団）は訴訟当事者になれることなどから、「私法上の法主体性が實際上認められている、といわざるをえず、これを、権利能力（法人格）—ないしは不完全な権利能力—と呼ぶかどうかは、単に用語の問題であるように思われる²²⁾」と述べ、「権利能力なき」社団であっても財産の帰属主であることを認めることができる可能性について論及している。

そして、学説においては、「人格のないある種の団体が、単一体として社会活動を営む以上、第三者との関係において、あるいは取引関係にたち、あるいは紛争を避けることは困難なので、これを処理・解決する便宜のためにも、その法律関係を明確化するためにも、権利主体性を認める必要がある²³⁾」として、「権利能力なき」社団であっても、取引社会においては、紛争を避けるための財産を持つ必要性があるとして、「権利能力なき」社団であっても、社団の財産を単独所有できるとする説もある。

なお、下級審ではあるが、東京高裁昭和 35 年 6 月 21 日判決下級民集 11 巻 6 号 134 頁は、当該の団体は、「法人格こそ有しないが、社会生活上独立せる組織体として、その名で法律行為をしかつ権利を取得し義務を負

21 幾代通「民法総則」（第 1 刷 1969 年）148 頁。

22 幾代通・前掲書 150 頁。

23 森泉章・前掲論文 47 頁。

担することができたものである」として、法人格のない団体に権利能力を認めたと判決もある。

(8) 総有理論の検討

総有理論は疑わしいと思われつつも多数説となっていることについては、権利能力なき社団は法人ではないから権利の主体となることはできず、従って、実質上はともかく法律上は構成員全員で所有すると構成せざるを得ず、しかも、全員の共同所有だと構成しても各自が持分をもつと解することは実情にあわないので、共有、合有ではなく総有と考えるほかはないとして消去法で、多数説になっているとも説明されている²⁴。

このように、消去法によって総有説が多数説になっているにしても、そもそも、権利能力のない社団の財産は構成員全員に総有的に帰属する財産であるという理論には無理があると思われる。

例えば、判例上においては、総有理論が用いられている事例には、入会地の事例（最高裁平成6年5月31日判決民集48巻4号1065）と社団の事例（最高裁昭和45年6月2日判決民集26巻5号957頁）とがあるが、この二つの事例は区別されるべきである。

入会地は村人の総有財産であるといわれているが、この場合、村人が一人を除いて全員が離村すれば、村に残った1名が入会地を単独所有することになる。しかし、「権利能力なき」社団の財産については、構成員の多くが退社し、仮に1名だけが社員となったとしても、社団の財産が残った1名の個人財産となることはなく、あくまでも、社団の財産は社団の財産であり続ける。このように、入会地と「権利能力なき」社団の不動産などの財産とは異なった形態となっているのであり、入会地は村人の総有財産であるといえるが、「権利能力なき」社団の財産は構成員全員の総有財産であるとはいえないのである。

24 遠藤浩「権利能力なき社団」『演習民法《財産法》』（昭和59年）19頁、山田創一・前掲論文22頁参照。

総有について論じられるのは、例えば、「部落民が、……共同に収益を
する権利を、入会権というが、この入会地の地盤が入会部落の所有である
とき、その所有関係を総有と呼んでいる²⁵」というように、入会の場合で
あり、本来は、法人の設立時における権利の帰属問題とは関係のない理論
である。ただ、敢えて取り上げるとすれば、我妻博士が、「総有において
は、所有権に含まれる管理権能と収益権能とは全く分離し、各共同所有者
は、共有における持分権を持たない。最も団体的色彩の強い共同所有形態
である²⁶」と述べており、設立中の社团は「最も団体的色彩の強い共同所
有形態」ということもできるので、設立中の社团の権利帰属問題に総有理
論を適用することが考えられるようにも見えるが、我妻博士自身は、続け
て、「かような共同所有形態は、近代的所有権の成立する前は、農村共同
生活においてむしろ普通であったと想像される²⁷」と述べ、あくまでも近
代的所有権の成立前の入会の話しに限定をしているのである。設立中の社
团は、「最も団体的色彩の強い共同所有形態」とは言えても、財産につい
て総有で説明をしなければならない理由は存在しない。

勿論、商法学者は、設立中の会社の財産関係を説明するために、総有理
論などを持ち出すことはない。商法においては、前述のように、権利能力
なき社团とは設立前の社团のことであり、権利能力なき社团はいずれは会
社として設立して行く過程にある団体であるということが念頭に置かれて
いる。

しかし、民法においては、公益を目的とせず、また、営利も目的としな
いような権利能力なき社团は、法人格を持つ法人とはなれないという時代
があった²⁸。そのため、株式会社のような営利法人においては、設立前の

25 舟橋淳一・法律学全集 18 物権法 (昭和 35 年) 374 頁。

26 我妻栄・物権法[民法講義] (第 26 刷) (昭和 44 年) 210 頁。

27 我妻栄・前掲書 210 頁。

28 現行民法に改正される前の民法 34 条は、「祭祀、宗教、慈善、学術、技芸、其
他公益ニ関スル社团又ハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務官庁ノ許可
ヲ得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得」と規定し、同 35 条は、「営利ヲ目的トスル商
事会社設立ノ条件ニ從ヒ之ヲ法人ト為スコトヲ得」、「前項ノ社团法人ニハ総て

社団は営利法人となり得るので、設立前の社団を「胎児」に例え、「出生」すると営利法人となると説明できたが、非営利法人は、「出生」することができない場合があるので、非営利の権利能力なき社団を「胎児」に例えることができず、仮に「胎児」に例えても、「出生」できない「胎児」ということになり、民法においては、独自の理論が必要であったともいえるであろう。

しかし、中間法人法²⁹を経て、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律³⁰が制定・施行されている現在においては、非営利法人は、営利法人と同じように、いわゆる準則主義により設立されるので、「権利能力なき」社団についての民法の独自の理論は不要となったといえるであろう。

以上のような観点からすると、権利能力のない社団の財産は構成員全員に総有的に帰属する財産であるとする理論については、再検討する余地があると思われる。そして、一般社団法人は設立の登記によって成立する（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律 22 条参照）が、権利能力は社団の実体が成立するときに発生すると理解することができるであろう。その上で、最判平成 26 年 2 月 27 日のように、「権利能力なき」社団の財産については、「実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即している」と考えることができる。そこで、前述のように、「権利能力なき」社団と呼ぶのは正確ではなく、「公示能力のない社団」、あるいは、「対抗力のない社団」などと呼ぶことが正確であるように思われる。

このような理解から、「権利能力なき」社団（つまり、「公示能力のない社団」、あるいは、「対抗力のない社団」）の財産は社団に帰属するのであるが、社団の財産が不動産のような場合には、社団の財産として公示する

商事会社二関スル規定ヲ準用ス」と規定していた。そのため、公益法人は民法によって法人格を取得できる方法があったが、非営利法人は、民法においては、法人格を取得することはできず、特別法によって法人格を取得するほかはなかった。

29 中間法人法（平成 13 年法第 49 号）は、平成 20 年に廃止された。

30 平成 18 年 6 月 2 日法第 48 号。

こと（つまり登記）はできないので、「権利能力なき」社は、社の財産の名義（登記）を社自身に移転することを請求することはできないことになるが、しかし、社の財産の所有者として、名義を第三者（社の代表者など）に移転すべきことは請求できるということになる。

なお、「権利能力なき」社であっても、実務の実態としては、代表者の名義で社の預貯金ができることされており、「権利能力なき」社も預貯金については権利を有しているものであり、国税においても、「権利能力なき」社に法人の規定が準用され（国税通則3条）、訴訟においては訴訟当事者になることができる（民事訴訟法29条参照）などにおいて、「権利能力なき」社と呼ぶのは正確ではないことは、前述のように、多くの研究者も指摘しているところである。

「権利能力なき」社であっても、組織が整えられれば、社の財産というものを認めざるを得ず、「権利能力なき」社が財産を所有しているという現実もあるのである。それにもかかわらず、社の財産は社員全員に総有的に帰属していると理論構成をする必要性はどこにあるのであろうか。

(9) 「権利能力なき」社の債務について

「権利能力なき」社の財産の帰属についての議論においては、「権利能力なき」社が取引社会において活動する場合の「権利能力なき」社の責任財産を表示する方法についても問題とされるべきである。

「権利能力なき」社の債務について、最高裁昭和48年10月9日判決民集27巻9号1129頁は、「権利能力なき社の代表者が社名義でした取引上の債務は、その社の構成員全員に総有的に帰属し、社の（構成員全員の…筆者加筆）総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、個人的債務ないし責任を負わない」としている。

社の債務は社に帰属する債務であり、社の財産が責任財産とならずであるが、最高裁昭和48年10月9日判決によると、社の債務は社の構成員全員に総有的に帰属する債務であり、社の（構成員全員の…

筆者加筆) 総有財産が責任財産となるとしている。

社団の債務は、設立登記をしている社団であると社団の債務であるが、設立登記をしない社団であると社団構成員全員の総有的債務となり社団構成員全員の総有財産が責任財産となるということであり、設立登記の有無によって債務の帰属が異なるということになる。

しかも、最高裁昭和 48 年 10 月 9 日判決によると、社団の債務について社団構成員全員の総有的財産が責任財産となるが、社団構成員各自は個人的債務ないし責任を負わないとしているので、社団と取引をした債権者は、社団構成員全員の総有的財産に対しては責任追及できるが、社団構成員全員の個人的財産に対しては責任追及できないということなる。

そして、「権利能力なき」社団と取引をした債権者は、社団に帰属する財産は存在しないので、社団構成員の財産に対して責任追及することになるのであるが、社団構成員の総有的財産に対してしか責任追及できず、社団構成員の個人的財産に対しては責任追及できないということになる。しかし、社団の債権者は、社団の外部者であるので、社団構成員の総有的財産と社団構成員の個人的財産とを、明確に、区別することはできるであろうか。

このように検討をすると、「権利能力なき」社団と取引をする第三者(債権者)には、「権利能力なき」社団の責任財産が不明確であるので、思いがけない不利益が生ずることがあり、「権利能力なき」社団についての最高裁昭和 48 年 10 月 9 日判決の理論には問題があると言わざるを得ない。

問題のある最高裁判決の理論に対する当面の対策として、学説の中には、権利能力なき社団であっても、公益社団と営利社団とに区別をして、「営利社団の財産は一面では社団財産としての統一性があるが、反面では成員の営利目的のための手段なのであるから、その運営から生ずる債務についても、原則として、社員の責任を認めるべきであろう³¹⁾」と述べ、「営利団

31 福地俊雄「法人に非ざる社団について」神戸法学第 16 巻 1・2 号 (1966 年) 166 頁。

体については、補充的な担保責任を負担する特約 やや意思教説的表現のようにみえるが—を推定すべきものと解するのが信義則に合致すると考える³²」としている説もある。

しかし、公益社団と営利社団とに区別をして、営利社団の場合には社員の個人責任を認め、その理由として、補充的な担保責任を負担する特約があると推定するとしているが、構成員は個人責任を負いたくないので組合ではなく社団を選んでいるのであり、その説明には無理がある。また、社団が営利か公益かの区別は、社団との取引者（第三者）には分からないのであり、この説は、取引の安全にも寄与しない。

さらには、「権利能力なき」社団を組合として扱うという説も出てくる可能性もある。「権利能力なき」社団を組合として扱えば、社員は組合員と同じように個人財産で社団の債務についても責任を負わなければならない、取引の安全に寄与することになる。それは、「ドイツ民法が…権利能力なき社団を組合法に服せしめたその立法趣旨が、政策的配慮にもとづく自由設立主義…の拒否…や債権者保護にあった…³³」と指摘されている通りである。

しかし、「権利能力なき」社団を組合として扱う説においては、「権利能力なき」社団と取引をする第三者は、社員の個人財産に対しても責任追及ができることになり、過剰な保護が与えられることになり、また別の問題が生じる。

そこで、最終的には、「権利能力なき」社団の資産や債務について、「『社団理論』から導きだされるものは、構成員による総有という支配形態ではなく、まさに社団の所有という支配形態でなければならない³⁴」という考え方が現れることになる。このような考え方に立った場合には、「権利能力なき」社団であっても、財産についてだけでなく、債務についても、

32 福地俊雄・前掲論文 167 頁。

33 森泉章・前掲論文 24 頁。

34 鍛冶良堅「いわゆる権利能力なき社団（非法人社団）について」法律論叢 32 巻 5 号 75 頁（1959 年）。

その帰属主体となるのであり、「権利能力なき」社団の責任財産が、取引の相手方にとっても、明確に示されるべきであり、その明確にされる方法も検討されなければならないであろう。

(10) 「権利能力なき」社団との取引と第三者の保護

「権利能力なき」社団と取引をした第三者は、組合と取引をしているのではないので、社員の個人的財産に対しては責任追及をすることはできず、社団の財産に対して責任追及をしなければならない。そして、そのためには、社団の財産が明確にされる必要がある。しかし、「権利能力なき」社団であるために、社団の財産が不動産であるような場合には、社団の財産であることを明確に示すことができないことになる。そこで、「権利能力なき」社団と取引をする第三者は、社団の代表者との間で、どの財産が社団の財産であるかの確認をし、債務の支払いができない場合の強制執行の方法についてまでも、話し合う必要がある。

しかし、設立登記をせず、「権利能力なき」社団にとどまっているような団体は、取引において、社団の財産を明白に示すということはしないように思われ、「権利能力なき」社団と取引をすることは避けるべきであり、「権利能力なき」社団と取引をしなければならない場合には、細心の注意を払い、社団の財産を確認する必要がある。換言すれば、「権利能力なき」社団は、取引社会からは、嫌われる存在であり³⁵、そのままの状態では、取引社会には入りにくいといえることができる。

(11) 「権利能力なき」社団と第三者

当該の不動産が「権利能力なき」社団の財産であるが社団の代表者など
の名で登記されていたので、名義人の債権者が、当該の不動産を差し押さ

35 取引において嫌われる存在を少しでも無くそうとするための試みとして、地方自治法には、「地縁による団体」は、市町村長の認可により、目的の範囲内において、権利を有し、義務を負うとする規定（同法第260条の2）がある。

えたような場合には、思いがけない不利益が発生することがある。

例えば、東京地裁昭和 59 年 1 月 19 日判決下級民集 35 卷 1～4 号 1 頁は、当該不動産の登記名義人に対する債権を理由に当該不動産が仮差し押さえられたので、原告（「権利能力なき」社団）が第三者異議を申し立てた事案において、「本件建物は原告の所有である（厳密に言えば、原告を構成する会員全員の総有に属する）が、権利能力なき社団は不動産登記法上その名において登記をすることができないと解され、登記実務もこれによっているため、代表者である会長の個人名で本件建物の登記をしているものであり、当該不動産（建物）は登記名義人の財産ではないとして、「権利能力なき」社団側から出された仮差押異議が認められた。

また、この東京地裁昭和 59 年 1 月 19 日判決は、対抗要件については、「権利能力なき社団の実体に即応した財産関係の公示手段が十分に備わっていない現状のもとにおいては、権利能力なき社団は代表者個人名義の登記のまま第三者に対しその権利を対抗することができるものと解するのが相当である」としている。

さらに、東京地裁昭和 59 年 1 月 19 日判決は、民法 94 条 2 項の類推適用の可能性について、「権利能力なき社団は代表者個人名義でしか登記ができないのであるから、真正な登記をすることができたのにあえて個人名義の登記をしていた者と同列に論じて虚偽表示の規定を類推適用するのは妥当でない」としている。

このような判決からすると、登記名義人が債務者であるので当該不動産について責任追及をした債権者は、登記名義が債務者であるので、過失なく、債務者の財産であると信じたとしても、思わぬ不利益を被る可能性がある。

ただし、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律が制定されている現在においては、一般社団法人の実体があり法人になれるにもかかわらず敢えて法人を設立させず、社団の財産でありながら代表者の個人の名義で登記しているような場合は、財団の財産を意図的に隠していると判断され得ることもあるので、民法 94 条 2 項が類推適用される可能性はあるとし

なければならないであろう。

(12) まとめ

最高裁昭和 39 年 10 月 15 日判決民集 18 卷 8 号 1671 頁は、「権利能力のない社団といい得るためには団体としての組織を備え、多数決の原則が行われ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、その組織によって代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定しているものでなければならない」としている。

最高裁昭和 39 年 10 月 15 日判決による「権利能力なき」社団の定義は妥当であると思われるが、前掲最高裁昭和 48 年 10 月 9 日判決は、「権利能力なき」社団と取引をした第三者は社員の個人財産に対しては責任追及できないとしているので、「権利能力なき」社団であるためには、社団の責任財産が確認され、構成員は原則として社団の債務については個人的には責任を負わない（有限責任）ということが認められている団体でなければならないということになる。

特定の取引において代表者などが個人的に責任を負うという特約が結ばれることがない限り、「権利能力なき」社団においては、社団の債務については社団構成員は個人的には責任を負うことはない。これに対して、社団としての組織のない人の集まりは組合として扱われるので、構成メンバーが個人的には責任を負わないという合意を組合員間でしたとしても、そのような合意は、組合の債権者との関係においては、効力はない。

団体としての組織が整えられ、財産の名義はともかく団体の責任財産も確定しているのであれば、「権利能力なき」社団であるということになり、「権利能力なき」社団と取引をする者は、社団の財産を確認した上で、取引に入ることができる。

そして、理論構成上においては、「権利能力なき」社団の財産は、債権や債務も含めて、社団に帰属すると理解することが必要である。「権利能力なき」社団の財産は社団の構成員に総有的に帰属するという、いわゆる総有理論は、取引においては有益ではない³⁶ので、あまりこだわらべきで

論 説

はない理論であると考える。

なお、「権利能力なき」社団であるということを表示せず取引に入っ
た場合、相手方は、団体は組合であると判断するのが普通であるので、後
になって、「権利能力なき」社団であるとして有限責任を主張することは
できないであろう。

36 幾代通・前掲書 148 頁参照。